



Opinião: Projeto de nova Lei de Licitações deve evitar sanções abusivas

Há avanços inegavelmente positivos no regime jurídico das sanções contra o particular previsto no projeto da nova Lei de Licitações aprovado pela Câmara dos Deputados. Contudo, algumas das novas regras merecem aprimoramento e atenção a fim de que abusos sejam evitados.

De fato, a proposta promove uma definição mais acurada das condutas infracionais (artigo 154) e uma descrição mais precisa dos critérios que devem ser observados para dosimetria da sanção (artigo 155, parágrafo 1º), quais sejam: a natureza e a gravidade da conduta, a peculiaridade do caso concreto, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os danos originados do suposto ilícito e a implantação de programa de integridade pelo infrator.

Tais parâmetros são bem-vindos, pois ajudam a reduzir excessos punitivos e contribuem para uma motivação mais consistente das decisões de penalidade.

A insegurança permanece, contudo, na descrição de algumas condutas, como a do inciso IV do artigo 154, segundo o qual o licitante será responsabilizado por “deixar de entregar a documentação exigida para o certame”.

A simples não apresentação de documento ou apresentação insuficiente não deveriam, isoladamente, ser causas para aplicação de penalidade. É importante que seja verificada a existência de intenção de fraudar ou retardar o certame ou a execução contratual. A respeito de regra semelhante, prevista no artigo 7º da Lei 10.520/2002, que regula o procedimento do pregão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser “desproporcional e rigorosa a inabilitação do licitante” quando o documento não foi apresentado “por singelo e justificável lapso do concorrente, devido à quantidade de documentação a ser fornecida na fase de habilitação” (REsp 997.259, julgado em 17 de agosto de 2010).

O projeto de lei delimitou uma faixa percentual para o cálculo das multas: de 0,5% a 30% do valor do contrato (artigo 155, parágrafo 3º). Se, de um lado, o limite máximo representa importante fator de proteção, de outro, a criação de um patamar mínimo obrigatório pode gerar penalidades desproporcionais se considerados contratos de grande vulto. Nesses casos, a fim de temperar a aplicação da regra em questão, seria importante que a administração pública pudesse se valer concretamente dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para fundamentar a aplicação das sanções inferiores a 0,5% do valor do contrato.

O projeto de lei consagrou o entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdãos 1.457/2014 e 2.081/14), segundo o qual o impedimento de licitar com a administração se limitaria ao ente federativo contratante, enquanto os efeitos da declaração de inidoneidade seriam extensíveis a todos os entes federados (parágrafos 4º e 5º do artigo 155).

Ocorre que a proposta possibilita a aplicação de uma ou outra penalidade (impedimento ou inidoneidade) para um mesmo rol de condutas, desde que existam razões “que justifiquem a imposição



de penalidade mais grave”. Estão abrangidas nesta hipótese as condutas assim qualificadas: “dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à administração”; “dar causa a inexecução total do contrato”; “deixar de entregar a documentação exigida para o certame”; “não manter a proposta”; “não celebrar o contrato”; “não entregar a documentação exigida para a contratação” e “ainda ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto”. O projeto de lei não explicitou quais seriam os motivos para o agravamento da pena e, por essa razão, coloca nas mãos do administrador um poder discricionário excessivamente amplo.

Ainda a respeito do procedimento para aplicação das sanções, o projeto (artigos 156 e 157) define que o prazo para apresentação de defesa será de 15 dias úteis, à semelhança da regra adotada pelo Código de Processo Civil. O benefício ao contratado é evidente, tendo em vista que a atual Lei 8.666/93 prevê exíguos cinco dias úteis para defesa prévia, prazo geralmente incompatível com a formulação de defesa em casos complexos e multifacetados.

A previsão da defesa prévia, no entanto, é mencionada apenas para as sanções de multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade. Ora, a administração pública não poderá deixar de conceder a oportunidade de defesa também nos casos de advertência, tendo em vista o disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, sobretudo porque o histórico de advertências poderia ser usado como fator de dosimetria de penas futuras, na linha do proposto no artigo 155, parágrafo 1º (circunstâncias agravantes).

Outra incongruência do projeto de lei quanto aos aspectos procedimentais da aplicação de penalidades é o fato de prever a possibilidade de especificação de provas apenas para os casos de declaração de inidoneidade e impedimento de licitar e contratar (artigo 157). De fato, não faz sentido limitar a fase instrutória apenas a estas hipóteses, considerando, por exemplo, que uma multa de grande vulto pode ter efeitos igualmente perniciosos na esfera de direitos do contratado.

Assim, deve-se entender que a dilação probatória é possível em qualquer sanção, regra esta já sedimentada no nosso ordenamento, na forma do artigo 2º, X, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da União e garante o direito “à produção de provas (...) nos processos que possam resultar em sanções”.

O artigo 159 da proposta previu também a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica (inclusive para atingir sócios e empresas do mesmo grupo econômico) no âmbito do procedimento administrativo de aplicação de penalidade, quando constatado abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de ilícitos.

A possibilidade de a administração pública desconsiderar a personalidade jurídica sem intermediação do Judiciário tem sido defendida a partir do acórdão do Superior Tribunal de Justiça (RMS 15.166, julgado em 7 de agosto de 2003), o qual entendeu que é possível estender os efeitos da sanção administrativa a outra empresa de mesma composição societária quando constatado que a nova companhia foi criada para burlar os efeitos da pena de inidoneidade. De fato, o Tribunal de Contas da União reconheceu explicitamente a possibilidade da desconsideração com fundamento no citado precedente do STJ (Acórdão TCU 3243/2012 – Plenário). Tal prática foi também corroborada em decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança 32.494, julgado em 11 de novembro de 2013, no



qual o relator Celso de Melo entendeu que o Tribunal de Contas da União poderia desconsiderar a personalidade jurídica para coibir abusos de direito. O relator, no entanto, teve o cuidado de indicar que nem “toda e qualquer penalidade administrativa será automaticamente aplicada também aos controladores e administradores. O que se reconhece é que, diante da comprovação da prática reprovável da pessoa física, que configure utilização abusiva e fraudulenta da pessoa jurídica, poderá ser admitida a extensão da penalidade também a outros sujeitos.”

Em que pese os posicionamentos sobre o tema, o risco de arbitrariedades ao se permitir a desconsideração administrativa da personalidade jurídica se mostra evidente, dada a natureza inquisitorial do processo administrativo e número menor de garantias processuais existentes nessa espécie quando comparada com o processo judicial. Nesse sentido, parece-nos inquestionável que os fundamentos da eventual desconsideração administrativa mereceriam um aprofundamento no texto do projeto, sem prejuízo da construção de uma estrutura de recursos administrativos qualificada para esse tema e da garantia ao acesso ao controle judicial sempre que constatados abusos do Poder Público.

A proposta trouxe ainda uma importante regra que sedimenta a aplicação do prazo prescricional de cinco anos para aplicação de sanções (artigo 157, parágrafo 4º). Segundo o projeto, a contagem do prazo prescricional será iniciada a partir da ciência da infração pela administração, e não da sua ocorrência. Nesse ponto, a fim de se evitar que a regra de prescrição proposta se torne inócua, seria recomendável a positivação do critério de que o termo inicial da contagem corresponda ao momento em que seria possível à administração ter ciência do fato considerado como ilícito, considerando sua prerrogativa de fiscalização do contrato.

O projeto ainda prevê que a contagem do prazo prescricional será interrompida pela instauração de processo administrativo ou suspensão nos casos de decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração ou em virtude da celebração de acordo de leniência. Nesse aspecto, em benefício da segurança jurídica, a criação de prazo de prescrição intercorrente pode ser importante para coibir demoras excessivas na condução do próprio processo administrativo.

É também digno de nota o fato de que o acordo de leniência, celebrado nos termos da Lei Anticorrupção, poderá isentar a pessoa jurídica das sanções administrativas previstas no projeto de Lei de Licitações.

Como se vê, a redação do projeto avança em muitos aspectos relacionados à maior segurança jurídica e motivação mais consistente na aplicação de sanções no âmbito das licitações e contratos, mas deixa ainda espaço para aprimoramentos a fim de que seja minorado o risco de imposição de sanções abusivas e desproporcionais aos particulares.

Date Created

25/11/2019